

فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل (علمی - پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی)

سال سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

صفحات: ۱۸۴-۱۶۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۱۹؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۰۵/۲۵



جستاری بر بیع عین موقوفه بانگاهی بر قلیل‌الفایده شدن آن

جمشید مهرآسا^۱، محمد روحانی مقدم^{۲*}

چکیده

مفهوم وقف عمل حقوقی خاصی است که در شمار «عقود معین» قرار دارد و به موجب آن مالکی، به منظور رسیدن به هدف معنوی و اخلاقی مال یا بخشی معین از دارایی خود را «حبس» می‌کند تا از انتقال مصون بماند و منافع آن را اختصاص به مصرف در راه رسیدن به هدف خویش قرار می‌دهد؛ یکی از موضوعات مورد اختلاف در وقف، نحوه ارتباط عین موقوفه با واقف و در نتیجه امکان یا عدم امکان بازگشت عین موقوفه به واقف، بعد از زوال وقف است. آنچه برآیند عبارات فقها این است که بیع عین موقوفه جایز نمی‌باشد مگر در مواردی که بیم خرابی واز بین رفتن آن باشد، با دقت نظر می‌توان تقلیل منفعت را نیز از مصادیق بیم خرابی دانست و از باب تنقیح مناط حکم به جواز بیع عین موقوفه داد. روش تحقیق در این پژوهش، روش تحلیل محتوا می‌باشد و به طور کلی می‌توان گفت که آنچه در فقه امامیه و حقوق ایران به طور صریح به عنوان قاعده پذیرفته شده عدم جواز بیع مال وقف می‌باشد چه در وقف عام و چه در وقف خاص. مشهور فقها در وقف عام مطلقاً قائل به عدم جواز بیع بوده و هیچ استثنایی را در این خصوص نمی‌پذیرند.

واژگان کلیدی: عین موقوفه، بیع موقوفه، قلیل‌الفایده.

* دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران نویسنده مسئول

mmoghadam@chmail.ir

مقدمه

چگونگی ترویج فرهنگ وقف عمده هدف از نشر فرهنگ وقف، گسترش معنویت، خیرخواهی، تضحیه و ایثار و فداکاری است. یکی از طرق نشر و تعمیم اینگونه روحيات این است که احکام وقف، در جنب قوانین وقف، مستقلاً جمع‌آوری و در اختیار مردم قرار داده شود.

در منابع فقهی و حقوقی ایران، مبنا بر این است که مال موقوفه قابلیت خرید و فروش نداشته باشد؛ به عبارت دیگر، انجام هرگونه عمل حقوقی که سبب انتقال عین موقوفه به دیگران شود، جایز نیست. اما گاهی اوقات شرایط و اوضاع و احوالی وجود دارد که برای حفظ نهاد وقف و مصالح موقوف علیه/علیهم فروش مال موقوفه لازم می‌شود. در حقوق ایران، ماهیت وقف، حبس مال است؛ که خود به معنی عدم نقل و انتقال است و علی‌الاصول نباید موقوفه از وضعیت وقفی خود خارج شود و بدین جهت رهن آن نیز جایز نمی‌باشد؛ زیرا ممکن است در اثر عدم پرداخت دین منجر به فروش ملک مورد رهن شود، ماده ۳۴۹ قانون مدنی اصولاً بیع وقف را جایز نمی‌داند. بنابراین در بعضی موارد که قانونگذار امکان فروش را پیش‌بینی کرده امری استثنایی و خلاف اصل است.

در این پژوهش تلاش شده است به این سوالات پاسخ داده شود:

- ۱- وقف در اصطلاح فقهی - حقوقی به چه معنا است؟
- ۲- وقف در زمره کدام عقود قرار می‌گیرد؟
- ۳- آیا می‌توان مال موقوفه را به فروش رساند؟ تحت چه شرایطی می‌توان اینکار را کرد؟
- ۴- جواز فروش مال موقوفه ناشی از قلیل الفائده شدن آن، تحت چه شرایطی صورت می‌گیرد؟

۱- مفهوم وقف

کلمه وقف در زبان فارسی به معنی ایستادن، توقف، حبس کردن و منحصر کردن چیزی به کسی است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۱۶).

جستاری بر بیع عین موقوفه بانگاهی بر قلیل الفایده شدن آن..... ۱۶۵

در جلد چهارم فرهنگ معین وقف اینگونه معنا شده است:

«وقف به معنی حبس عین ملک و یا مال است و مصرف کردن منافع آن در اموری که واقف معین می‌کند، می‌باشد و آنچه که کسی از ثروت خود جدا کند و در کارهای عام‌المنفعه از آن استفاده کند (معین، ۱۳۸۶: ۵۰۴۷).

همچنین در روایتی از پیامبر (ص) نقل شده است: که وقف عبارت است از حبس مال و خرج کردن منفعتش فی سبیل الله. به همین جهت علمای فقه در تعریف وقف فرموده‌اند: «لا تحبس الاصل و تسبیل الثمره» یعنی اصل مال محبوس بماند و انتقالش ندهند و ثمره آن را در راه خدا خرج کنند (منبری، ۱۳۸۰: ۳۵).

طبق تعریف قانون مدنی وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود. منظور از حبس نمودن عین مال، نگاه داشتن آن از نقل و انتقال و همچنین از تصرفاتی است که موجب تلف عین گردد. زیرا مقصود از وقف انتفاع همیشگی موقوف علیهم از مال موقوفه است و به همین جهت هم آن را وقف گفته‌اند و منظور از تسبیل منافع واگذاری منافع در راه خداوند و امور خیریه اجتماعی است (امامی، ۱۳۷۵: ۶۸-۶۹).

در تعریف عقد عینی گفته‌اند: «عقدی است که تا موضوع عقد تسلیم نشود آن عقد واقع نمی‌گردد». مانند عقد ودیعه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴: ۳۶۶) و در تعریف دیگری بیان شده است «عقدی است که وقوع آن منوط به تسلیم موضوع تعهد یا تملیک است» (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۷).

قانون مدنی بیان می‌دارد: «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می‌کند» (قانون مدنی، ماده ۵۹). پس شرط صحت و تحقق وقف قبض است و با استناد به ماده مذکور و تعریف عقود عینی می‌توان بدون هیچگونه شبهه اعلام نمود که وقف از جمله عقود عینی است.

فقها در بیان مفهوم اصطلاحی وقف که از نظر شرعی به چند معناست اختلاف نظر دارند و شاید بتوان گفت که این اختلاف ناشی از آن است که عده‌ای آن را عقد دانسته‌اند و عده‌ای دیگر آن را از ایقاعات برشمرده‌اند.

امام خمینی قدس السره الشریف می‌فرماید: وقف به معنای چیزی را به جهتی خاص یا شخص خاص یا غیر از این دو قرار دادن است تا منافع برای آن‌ها آزاد گردد (موسوی خمینی، ۱۴۰۷: ۸۲).

۱۶۶....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

لذا با توجه به معانی بیان شده می‌توان به این نتیجه رسید که همه فقها در دو مسئله اشتراک نظر دارند:

۱- حبس مال از جمیع تعلقات اعتباری و مصون نگهداشتن آن از هرگونه نقل و انتقال خارجی به طوری که اصل مال از بین نرود.

۲- استفاده دیگران از منافع عین موقوفه.

۲-۱- عقد وقف از عقود لازم است

قانون مدنی در تعریف عقد لازم و جایز بیان می‌دارد: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه.» (قانون مدنی، ماده ۱۸۵).

و عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند (قانون مدنی، ماده ۱۸۶) و البته بعضی مستنبط از ماده ۲۱۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». اصل لزوم قراردادهای را برداشت می‌نمایند و بر این عقیده هستند که اصل در قواعد عمومی قراردادهای بر لزوم می‌باشد (قانون مدنی، ماده ۱۸۶) و در تعریف آن گفته‌اند عقدی است که صرفنظر از خیار نتوان آن را فسخ نمود و خیاری بودن عقد مانع لزوم آن نیست.

عقد وقف از جمله عقود لازم است و پس از انعقاد آن به صحت، هیچ یک از طرفین عقد، حق بر هم زدن آن را ندارند، اما نکته بسیار مهم در عقود لازم این است که طرفین عقد می‌توانند با توافق هر دو طرف، عقد را اقاله نمایند. سوالی که در خصوص عقد وقف مطرح می‌گردد این است که آیا پس از عقد وقف و تسلیم آن می‌توان عقد را با توافق طرفین اقاله نمود؟ در تمثیل این سوال اینگونه مطرح می‌شود که، چنانچه واقف مورد را برای اولاد ذکور خود نسلماً بعد از نسل وقف نماید آیا می‌تواند با توافق اولاد ذکور و مثلاً یکسال پس از انعقاد عقد وقف آن را اقاله نماید؟

در این جاست که فایده بحث در خصوص تشخیص عقد معین یا غیر معین بودن وقف مشخص می‌گردد و می‌بایست به قوانین خاص وقف مراجعه نمود.

در تعریف قانون و فقه بیان نمودیم که عقد وقف عبارت است از اینکه: عین مال حبس گردد و منافع آن تسبیل شود. پس در این عقد معین می‌توان گفت عین مال حبس گردیده و دیگر خود واقف هم نمی‌تواند در آزاد نمودن این حبس نقش داشته

باشد و در اصل با تشکیل عقد وقف، موقوفه شخصیت مستقلی پیدا می‌کند، جدا از شخصیت واقف و موقوف علیهم، حبس عین جدا ساختن ملک (فک ملک) از دارایی مالک و مصون داشتن آن از نقل و انتقال می‌باشد و حبس عین باید دائمی باشد نه موقت، هر چند که پس از مدتی هدف وقف منتفی شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۲۵) و در قوانین خاص در عقد معین وقف در این خصوص به تصریح بیان می‌شود مال موقوفه خود شخصیت حقوقی می‌یابد و به واقف یا موقوف علیهم تعلق ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۹). پس بنابراین دلایل اشاره شده و در جمع بندی آن می‌توان گفت: چنانچه عقد وقف به صحت منعقد گردد، نه تنها عقد لازم می‌باشد بلکه حتی قابل اقاله نیز نخواهد بود و واقف حتی با توافق موقوف علیهم حق هیچگونه دخل و تصرف در عقد وقف و یا تغییری در موقوف علیهم ندارد، در تایید این سخن به بیان ماده ۶۱ قانون مدنی که به صراحت به لزوم عقد وقف اشاره کرده است بسنده کرده و به کمک این بحث به مباحث بعدی خواهیم پرداخت.

قانون مدنی در این ماده بیان می‌دارد: وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییر بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آن‌ها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده باشد بعد از آن متولی قرار دهد. پس همانگونه که در ماده قبل بیان شد یکی از شرایط لزوم عقد وقف، قبض است و در صورتیکه قبض محقق نگردیده باشد عقد وقف لازم نیست و قبض طبقه اول از موقوف علیهم در اوقاف خاصه و قبض حاکم در اوقاف عامه کفایت در لزوم عقد وقف می‌نماید و هر نوع عملی که موقوف علیهم یا حاکم در موقوفه انجام دهند که دلالت بر قبض موقوفه نماید برای آن کافی است و می‌توان گفت قبض انجام گرفته و عقد لازم است.

اما در مواردی که صیغه عقد وقف جاری شده و همه چیز حکایت از نیت واقف بر وقف داشته اما قبض صورت نگرفته است می‌توان گفت عقد محقق نگردیده و لزوم ندارد و چنانچه واقف قبل از آنکه قبض دهد فوت کند ورثه می‌توانند قبض دهند و وقف لازم گردد یا از وقف مال انصراف دهند و در جایی که شخص در معرض موت وصیت به وقف و ثلث کرده و قبض نیز داده و وصیت کرده که بعد از فوت او وقف کنند در اینجا وقف از ثلث است نه از اصل مال زیرا وصیت محسوب می‌گردد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۴۶۱).

۱-۳- بیع مال موقوفه

در مورد جواز بیع مال موقوفه نظرات متعددی مطرح شده است و اختلاف نظرهای متعددی در این مورد دیده می‌شود. برخی از موارد جواز بیع در قانون مدنی نیز ذکر گردیده است اما با بررسی فقهی این بحث روشن می‌گردد که قانون تمام موارد ذکر شده در فقه را لحاظ نکرده است، پس با کنار هم قرار دادن قانون و منابع فقهی باید به موارد و نظرات متعدد در این مورد دست یافت.

۱-۳-۱- اصل عدم امکان فروش مال موقوفه

دائمی بودن و فک ملک شدن در عقد وقف جزئی از ماهیت عقد وقف است و همچنین هدف از وقف این است که واقف می‌خواهد تا زمانی که ممکن است، حتی بعد از فوت خود، منافع موقوفه به موقوفه‌علیهم برسد و ثواب و اجر معنوی آن نیز نصیب واقف گردد، در نتیجه در این امر که اصل بر عدم امکان فروش مال موقوفه است اختلافی بین فقها و حقوقدانان دیده نمی‌شود. بعضی فروش وقف را به هیچ نحو جایز نمی‌دانند (ابن ادریس، محمد بن منصور، ۱۴۱۰، ۱۵۳) زیرا:

۱. عدم جواز فروش وقف جزء مفهوم وقف است، چون از اول، براساس حبس اصل مال بوده است؛ اما پاسخ آن است که بر فرض اینکه فروش وقف به عنوان اولیه جایز نباشد، ولی اگر عنوان ثانویه پیش آید، به علت اختلاف موقوف‌علیهم و خطر بر آن‌ها و یا بر موقوفه، محلی برای احکام اولیه و عدم جواز فروش وقف باقی نمی‌ماند.

۲. روایت ابی‌علی بن راشد: «لایجوز شراء الوقف» (فروش وقف جایز نیست (کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۳۶۷، ۱۳۰).

۳. محمد بن حسن صفار در نامه‌ای از امام حسن عسگری (ع) درباره وقف سوال کرده است، حضرت پاسخ می‌دهند: «الوقف تکون علی حسب ما یقوفها اهلها» (وقفها به نحوی است که واقف وقف کرده است) (حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۳: ۲۹۵).

۴. از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: «امیر المومنین علی (ع) خانه‌ای در مدینه در محله بنی رزیق داشت. صدقه داد و نوشت: «بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدیق به علی بن ابی طالب و هو حی سوی تصدق بداره التی فی بنی رزیق صدقه ولاتباع ولاتوهب حتی یرثها الله الذی یرث السماوات و الارض...» (حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۳، ۳۰۴) (به نام خداوند بخشنده مهربان. این چیزی است که علی بن

ابی طالب در حال صحت و سلامت صدقه داده است. صدقه داده خانه‌اش را که در محله بنی رزیق بوده، صدقه‌ای که قابل فروش و هبه نیست تا خداوند آسمان‌ها و زمین آن را وارث شود. تا آخر...).

۵. ابن ادریس ادعا کرده است که در مورد وقف عام، در بین فقها اختلافی وجود ندارد و فروش آن جایز نیست (ابن ادریس، محمد بن منصور، ۱۴۱۰، ۱۵۳) پاسخ آن این است که ادعایی بدون دلیل است، چون از گفته علما خلاف این ثابت شده است.

۶. شیخ طوسی می‌گوید: وقف دو گونه است؛ یکی اینکه ملک موقوف علیهم است، مثل وقف خاص و نوع دوم آن وقف ملک کسی نیست؛ مثل وقف عام و محل بحث در جایی است که ملک موقوف علیهم است، ولی در جایی که ملک کسی نیست، مثل وقف عام به طور قطع فروش آن جایز نیست (ابن ادریس، محمد بن منصور، ۱۴۱۰، ۱۵۳).

پاسخ آن است که ظاهر ادله بر خلاف این ادعا است؛ چون وقف مویذ حبس عین برای خداوند است و فقط استفاده از منفعت آن برای مردم آزاد است و مال موقوفه به مجرد وقف از دست واقف خارج می‌شود و در زیر سلطه او نیست و برای همیشه موقوف علیهم مالک منفعت هستند و اصل در دست هیچکس نیست و دست واقف تا ابد از ملک کوتاه می‌شود.

شیخ انصاری دلیل اصلی عدم امکان فروش مال موقوفه را اجماع و روایات وارد شده در این زمینه می‌داند. (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ۱۰۲) از مهمترین روایات، روایتی است از امام صادق(ع) که در مورد وقف نامه‌ای که حضرت علی(ع) نوشته‌اند فرمودند که حضرت علی(ع) خانه‌ای را وقف کرد و فرمود: «لا تباع و لا توهب حتی یرثها الذی یرث السماوات و الارض و...» البته شیخ معتقد است که سخن امام منصرف به موردی است که فروش موقوفه بدون عذر صورت گیرد اما در هر صورت اصل اولیه را بر عدم امکان فروش قرار می‌دهد. روایتی هم از محمد بن یعقوب ابن راشد نقل گردیده که وی در مورد زمینی وقفی از امام سؤال می‌کند و حضرت در پاسخ می‌گوید «لا یجوز شراء الوقف»

دکتر لنگرودی در حاشیه ماده ۸۹ قانون مدنی می‌نویسد: «اصل بر منع بیع وقف است، مگر در صورت حاجت و ضرورت که باید به همین قدر ضرورت اکتفا شود، اما اگر فروش بعضی سالب انتفاع از باقی باشد ضرورت فراگیر تمام موقوفه می‌گردد».

(لنگرودی، ۱۳۷۹، ۵۵)

۱۷۰....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۶۴۰ به تاریخ ۱۳۷۱/۵/۱۸ بیان می‌دارد: «...طبق ماده ۸۸ و ۸۹ و ۳۴۹ قانون مدنی و به نظر اکثریت فقهای امامیه و نیز نظر امام بزرگوار در مسأله ۷۳ تحریرالوسیله، فروش املاک موقوفه منوط به شرایط و اسباب خاص است و جز با وجود اسباب منصوص فروش مال موقوفه جایز نیست» (بازگیر، ۱۳۷۹، ۲۳۰) اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مورخ ۱۳۷۹/۹/۲۶ بیان می‌دارد: «فروش مال وقف، اعم از وقف عام و خاص، به استثنای موارد مذکور در مادتين ۸۸ و ۸۹ قانون مدنی باطل است و اداره اوقاف به لحاظ وظایفی که در حفظ موقوفات دارد می‌تواند ابطال آن را بخواهد» (اداره کل تدوین قوانین، ۱۳۸۰، ۳۸)

همان‌طور که مشاهده می‌شود اصل اولیه عدم امکان فروش مال موقوفه خدشه ناپذیر است، اما مواردی وجود دارد که موجب ورود استثناهایی بر این اصل می‌گردد و باعث می‌شود که در موارد خاصی امکان فروش مال موقوفه فراهم گردد. این موارد گاهی مربوط به عین موقوفه است و گاهی مربوط به موقوفه علیهم و گاهی هم به علت عوامل خاص دیگر. در ادامه به بررسی این موارد خواهیم پرداخت.

۱-۳-۲- جواز فروش مال موقوفه ناشی از قلیل الفائده شدن آن

همان‌طور که اشاره شد یکی از موارد اصلی جواز فروش مال موقوفه تغییر در وضعیت موقوفه است. این تغییرات به چند حالت ممکن است رخ دهد که عبارت است از:

الف: مال موقوفه عملاً خراب شود

ماده ۸۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «بیع وقف در صورتی که خراب شود... به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود». گاهی اوقات مالی را که واقف وقف کرده تخریب می‌گردد. مثلاً ساختمان موقوفه‌ای بر اثر زلزله از بین می‌رود یا اتومبیل موقوفه‌ای بر اثر تصادف به نحوی منهدم می‌شود که دیگر قابل استفاده نمی‌باشد. در این حالت می‌توان باقیمانده مال موقوفه را در صورت مالیت داشتن به فروش رساند و وجه حاصل را در راه تحقق هدف واقف مصرف کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۶۴) البته باید توجه داشت که خرابی مال موقوفه باید به نحوی باشد که امکان انتفاع از آن میسر نباشد. اگر مال موقوفه قطعه باغی باشد که تعداد اندکی از درختان آن خشک شده

باشد، این موضوع فروش مال موقوفه را مجاز نمی‌کند، چون هنوز امکان انتفاع از بقیه درختان باغ وجود دارد. برخی از حقوقدانان نیز معتقداند که دو شرط ذکر شده در انتهای ماده ناظر به بیع وقفی که خراب شده نیز هست، در نتیجه مال موقوفه تخریب شده در صورتی فروخته می‌شود که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.

برخی از حقوقدانان (حضرتی، ۱۳۷۶، ۱۴۶؛ لنگرودی، ۱۳۷۹، ۵۵) نیز موردی را که وقف انتفاع مورد نظر واقف را ندارد ولی امکان انتفاع دیگر را دارد از جمله این موارد می‌دانند و بیع آن را با شرایط مربوطه جایز می‌شمارند.

در فقه اسلامی نیز خرابی مال موقوفه از مواردی است که فروش آن را جایز می‌کند. اما برخی فقها پس از تقسیم وقف به خاص و عام در فروش آن اختلاف کرده‌اند. امام خمینی در مسأله ۷۱ از کتاب تحریر الوسیله می‌نویسد: «اوقاف بر جهات عامه مانند مساجد، مدارس، مقابر، قناطر، و امثال آن‌ها، که احدی مالک آن‌ها نمی‌شود، در مساجد و مشاهد بدون اشکال فروختن آن‌ها جایز نیست و در مدارس و مقابر و قناطر و امثال آن‌ها بنا بر احوط جایز نیست اگرچه خراب و مندرس شوند و امیدی به انتفاع آن‌ها در جهت مقصوده نباشد البته نسبت به اعیان آن‌ها» (خمینی، ۱۳۶۸، ۶۳) شیخ انصاری نیز پس از تقسیم وقف به موبد و منقطع، وقف موبد را به تملیکی و غیر تملیکی تقسیم می‌کند و می‌گوید: «بدون شک فروش موقوفات غیر تملیکی چون مالک صاحبان وقف به حساب نمی‌آید جایز نیست، به همین دلیل اگر مسجد دچار تخریب گردد فروشش ممنوع است». (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ۱۷۶)

برخی از فقها نیز به طور کلی عرصه را مضمون از فروش می‌دانند، خواه در وقف عام و خواه در وقف خاص. محقق حلی در شرایع الاسلام می‌نویسد: «اگر خانه‌ای خراب شود عرصه آن از وقف خارج نمی‌شود و فروش آن جایز نیست». (حلی، ۱۳۷۷، ۱۵۴) علامه حلی نیز در قواعد الاحکام می‌نویسد: «اگر خانه از وقف خارج شود، عرصه آن وقف می‌ماند و فروش آن جایز نیست» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ۲۵۷)

برخی از فقها نیز بدون تفکیک در بین انواع وقف، موضوع را به اطلاق مطرح کرده و فروش وقف را در حالت تخریب به طور کلی مطرح کرده‌اند. در تحلیل نظرات فوق باید گفت که اصولاً ماهیت وقف دارای دو رکن است: حبس مال و تسبیل منفعت. حال اگر تخریب وقف در حدی باشد که منفعت از آن منتفی شده باشد، در این

۱۷۲....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

صورت با از بین رفتن یک رکن اصل وقف نیز زایل می‌گردد و حتی رکن دیگر وقف نیز متزلزل می‌گردد، در نتیجه با این استدلال فرقی بین وقف خاص و عام قرار نمی‌گیرد و تخریب موجب جواز فروش خواهد بود. بحث راجع به فروش عرصه مال موقوفه کمی پیچیده‌تر است. از طرفی دائمی بودن و بقای وقف امری ضروری است و از طرفی نیز می‌توان گفت که انتفاع از وقف به نحوی که مورد نظر واقف بوده است منتفی گردیده است.

هر دو استلال دارای طرفدارانی است و از جهت شهرت فتوایی نمی‌توان یکی را بر دیگری ترجیح داد، اما به نظر نگارنده امکان فروش عرصه مال موقوفه به دلیل استلال ذکر شده و همچنین به این دلیل که در صورت فراهم شدن مقتضای فروش اصل بر امکان فروش است و دلیلی بر تفکیک وجود ندارد موجه‌تر به نظر می‌رسد. در وقف عام (مانند مدارس، بیمارستان‌ها، مساجد و....) فقهای امامیه بر این عقیده می‌باشند که نمی‌توان این اموال را فروخته و تبدیل نمود حتی اگر خراب شده یا در معرض خرابی قرار گرفته باشد.

به طور کلی فقها در مورد این موقوفات معتقدند که چون در اینگونه موقوفات واقف با وقف، آن‌ها را از ملکیت خود خارج کرده و به ملکیت دیگری نیز در نیامده است به عبارت دقیقتر فک ملک کرده است؛ بنابراین جزء مباحات عامه بوده و بدیهی است که طبق قاعده «لا بیع الا فی الملک» بیع آن‌ها جایز نیست. لذا فقهای امامیه با توجه به این که در وقف عام، واقف آن را از ملکیت خود خارج نموده و به ملکیت موقوف علیهم در نیامده است معتقدند که حتی در صورت خرابی نمی‌توان آنرا فروخت.

البته در میان فقهای امامیه سید محمد کاظم یزدی نظر دیگری دارد و معتقد است که آنچه سبب بیع وقف خاص می‌شود سبب جواز بیع عام نیز می‌باشد. چرا که به نظر ایشان هر چند که وقف عام را «فک ملک» بدانیم، این امر مانع از بیع نمی‌شود چرا که همین که «عین» متصف به «مالیت» شود قابل بیع است (طباطبائی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۵۱).

با وجود این فقهایی که معتقد به عدم جواز بیع در وقف عام هستند در مورد مصادیق آن با یکدیگر اختلاف نظر دارند و بسیاری از آنان مدارس و بیمارستان‌ها و.... را در کنار مساجد قرار داده و حکم بر عدم جواز بیع و استبدال آن‌ها کرده‌اند و دلایل اینها همان «فک ملک» بودن می‌باشد (بروجردی، ۱۴۲۱: ۳۶۲).

جستاری بر بیع عین موقوفه بانگاهی بر قلیل الفایده شدن آن..... ۱۷۳

اما امام خمینی (ره) هر چند که مسافرخانه‌ها، مدارس، بیمارستان‌ها و... را تحت عنوان وقف عام عنوان می‌دارند معتقدند که اگر امثال این اوقاف ویران شد به طوری که امید آبادانی مجدد آن‌ها نمی‌رود، حاکم می‌تواند آن‌ها را بفروشد و به مشابه تبدیل کند و اگر تبدیل میسر نبود آن را در دیگر مصالح مسلمین صرف نماید (خمینی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۳-۱۲۵).

نکته‌ی دیگری که قابل طرح می‌باشد این است که گاهی اوقات، اشخاص اموالی بر جهات عمومی از قبیل مسجد، بیمارستان، مدرسه... وقف می‌کنند که درآمد حاصل از این اموال موقوفه صرف امور مسجد و... شود. سوالی که مطرح می‌شود این است آیا این موقوفات نیز حکم خود مسجد یا بیمارستان و یا مدرسه و... را دارد یا خیر؟ جمهور فقهای امامیه در این خصوص قائل به این می‌باشند که این اموال و املاک احکام اختصاصی مسجد و... را ندارند لذا معتقدند که در این صورت می‌توان آن را فروخت و بهای آن در صورت نیاز در همان محل و گرنه در مماثل و سپس در مصالح صرف می‌شود (خمینی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۱۷).

یکی از موارد جواز بیع موقوفه، جایی است که موقوفه خراب شود به گونه‌ای که از بهره‌ای که مورد انتظار است، ساقط شود. و از نظر عرف، صدق کند که هیچ منفعتی ندارد، مثل اینکه خانه خراب شود و زمین آن قابل اجاره دادن باشد. اما اجاره‌بها چنان کم باشد که قابل اعتنا نباشد (انصاری، ۱۴۲۸: ۷۱). در این صورت عدم فروش و تبدیل نکردن موقوفه موجب تلف و ضایع شدن آن نشده و به کلی از انتفاع ساقط نمی‌شود بلکه مقدار کمی قابل بهره‌برداری است.

شیخ انصاری این مورد را به دو نحو قابل تصور می‌داند:

الف: اگر با پول این وقف فروخته شده حداکثر می‌توانند چیزی خریداری کنند که فایده‌اش به حال موقوف علیهم مثل فایده زمین خالی باشد، در این صورت بیع موقوفه جایز نیست و از محل بحث بیرون است.

ب: اگر با پول وقت بدلی را خریداری کنند که نفعش به مراتب بیشتر از منفعت زمین باشد و بلکه حتی به اندازه اجاره خود منزل، به آن‌ها فایده برساند، این محل نزاع است که آیا در این صورت بیع موقوفه جایز است یا نه (انصاری، ۱۴۲۸: ۷۱).

شیخ انصاری عدم جواز بیع را به مشهور فقها نسبت می‌دهد زیرا آن‌ها خراب شدن را مجوز می‌دانند که به هیچ وجه قابل انتفاع نباشد، اما در این مورد مقدار کمی انتفاع قابل حصول است. شیخ در یک بحث اجتهادی، ابتدا همراهی با مشهور فقها نظر

۱۷۴....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

می‌دهد، می‌گوید: «خروج از ادله وجوب عمل به مقتضای وقف، که حبس عین است و نیز از عموم (لا یجوز شراء، الوقف) مشکل است (انصاری، ۱۴۲۸: ۷۲).
اما در نهایت می‌فرمایند: «اگر منفعت به قدری نادر و قلیل باشد که وجودش کالعدم است، امکان دارد فتوا به جواز بیع موقوفه دهیم و بگوییم اطلاقات منع (لا یجوز شراء الوقف) از این فرض منصرف است و غیر این حالت را شامل می‌شود (انصاری، ۱۴۲۸: ۷۳).

این مورد بسیار ظریف می‌باشد و شاید نتوان حکم قاطعی در مورد آن ابراز کرد، بلکه بستگی به مصادیق آن در خارج دارد. موقوفه‌ای که در اثر تخریب قلیل الفائده و نفع شد، باید در اطراف آن جستجو و تفحص کرد که مثلاً در این مورد خاص تا چه اندازه منفعت آن کم شده است، ممکن است موقوفات متعدد در کیفیت و اندازه قلت انتفاع نیز متعدد باشند، به تبع این موضوع حکم جواز یا عدم جواز بیع نیز در مورد آن‌ها متفاوت می‌شود.

کم شدن منفعت وقف بر اثر خرابی

این مورد در جایی است که موقوفات طوری خراب شوند که بهره‌دهی آن به حداقل برسد، اما نه به آن اندازه که به طور کلی از بهره‌دهی منتفی و به معدوم ملحق شود (انصاری، ۱۴۲۸: ۷۶).

تفاوت این مورد با مورد قبلی در این است که مورد قبلی آن قدر منفعت کم است که از نظر او مثل آن است که هیچ منفعتی ندارد و ملحق به معدوم است، ولی در این مورد بهره‌دهی آن آنقدر کم نیست که به معدوم ملحق شود.

شیخ طوسی در «مبسوط» در این باره می‌گوید درخت خرما ای که وقف بوده و اکنون کنده شده است، فروش آن جایز است، زیرا جهت موردنظر واقف استفاده از میوه آن بوده که آن هم متعذر و منتفی شده است (شیخ طوسی، ۱۴۲۸: ۱۲۳).

ابن ادریس با نظر شیخ طوسی مخالفت کرده و معتقد است که به جای فروش آن، باید در سایر انتفاعات از آن بهره برد، چرا که در صورت امکان استفاده، حفظ اصل وقف واجب است و فقدان برخی منافع دلیل عدم استفاده از سایر منافع آن نمی‌شود، چرا که امکان استفاده از چوب آن در سقف ساختمان وجود دارد (ابن ادریس، ۱۴۱۲: ۱۶۸).

شیخ انصاری نیز هم عقیده با ابن ادریس است. ایشان می‌فرمایند: «اقوا ممنوعیت بیع موقوفه در این مورد است، مخصوصاً اگر دلیل الفائده شدن موقوفه در اثر خرابی آن

جستاری بر بیع عین موقوفه بانگاهی بر قلیل الفایده شدن آن..... ۱۷۵

نباشد مگر آنکه فروش موقوفه را در صورت انفع بودن آن جایز بدانیم» (انصاری، ۱۴۲۸: ۷۷).

نفع و سودمند بودن بیع موقوفه برای موقوف علیهم

مورد دیگری که محل بحث بیع موقوفه است جایی است که فروش موقوفه برای موقوف علیهم نفعش بیشتر باشد، یعنی نفع پول موقوفه نسبت به منفعتی که به تدریج در مدت وجود موقوف علیهم به دست می آید، بیشتر باشد (انصاری، ۱۴۲۸: ۷۸). در این مسأله دو قول است:

الف: شیخ مفید در المقنعه یکی از موارد فروش موقوفه را زمانی می دانست که فروش موقوفه برای موقوف علیهم، اصلح و انفع باشد (شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۶۵۲)، در بین فقها تنها ایشان است که در این مورد بیع موقوفه را جایز می داند.

ب: اکثر فقها به صرف انفع بودن بیع موقوفه برای موقوف علیهم، فروش را جایز نمی دانند. شیخ انصاری می گوید: «اقوی منع از فروش موقوفه در این مورد است، زیرا مقتضی موجود است و آن مقتضی این است که عمل بر طبق انشای واقف، واجب است. و نیز براساس روایت «لا یجوز شراء الوقف»، فروش وقف جایز نیست و چیزی که در برابر این مقتضی مقاومت کند و مانع از این اقتضا شود، وجود ندارد (انصاری، ۱۴۲۸: ۷۸).

۱-۳-۳- بیم خرابی مال موقوفه

براساس قسمت دوم ماده ۸۸ قانون مدنی: «بیع وقف در صورتی که... خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد، به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود». براساس این ماده، بیم از هرگونه خرابی، دلیل برای فروش مال موقوفه نیست و باید دو شرط ذکر شده در این ماده رعایت گردد. همچنین براساس نظر حقوقدانان (انجوی نژاد، و امامی، ۱۳۸۳: ۸۷) شرط دیگر تحقق فروش، حصول اطمینان کامل از بیم مذکور است، و این اطمینان بر اساس حدس و گمان به وجود نمی آید، بلکه براساس انجام کار کارشناسی حاصل می شود. از نظر تحلیلی نیز در موردی که مال موقوفه رو به خرابی می رود، با غرض واقف و مصلحتی که بنیان نهاده شده، تعارض دارد. لذا در صورتی که خرابی احتراز ناپذیر باشد، بیم خرابی مجوز بیع خواهد بود. (حضرتی، ۱۳۷۶، ۱۴۸)

۱۷۶....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

از دیدگاه فقهی نیز بیم خرابی مال موقوفه مجوز فروش خواهد بود اگرچه برخی از فقها در مورد این امر سکوت کردند. شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد: «لایجوز بیع الوقف... الا ان یخاف علی الوقف هلاکه او فساد...» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ۲۵۳) الاسحاق الجلی در کتاب غنیه النزوع می‌گوید: «انه یجوز عندنا بیع الوقف للموقوف علیه اذا خیف خرابه» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ۲۵۸) برخی از فقها نیز بین وقف عام و خاص تفاوت گذارده‌اند و بیع وقف را در این حالت در مورد وقف عام، به خصوص در مورد مساجد، نمی‌پذیرند. ابن ادریس در سرائر و علامه حلی در قواعدالحکام بر این نظرند.

در تحلیل نظرات فوق باید گفت که بیع وقف در این حالت نیز هم برای موقوف علیهم مفیدتر و هم با اهداف واقف سازگارتر است. پس راهی را که قانون مدنی برگزیده صحیح است و همچنین ادله و اهداف ذکر شده برای بیع وقف در این حالت، شامل وقف خاص و عام به طور یکسان است.

ج: خرابی بعضی از مال موقوفه و قلیل الفائده شدن آن

ماده ۳۴۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «بیع مال وقف صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود به نحوی که... منجر به خرابی مال موقوفه گردد». پس اختلاف بین موقوف علیهم مجوز بیع است که منجر به خرابی موقوفه گردد، مانند آن که در نحوه اداره مال موقوفه بین موقوف علیهم اختلاف شود به گونه‌ای که اگر این اختلاف ادامه یابد بر اثر عدم اداره مال موقوفه، آن مال خراب شود. به عقیده یکی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۶۷) جواز بیع موقوفه در این حال در صورتی است که خرابی به گونه‌ای باشد که اجتناب از آن امکان نداشته و تنها راه فرار از آن، فروش موقوفه باشد.

در عبارات فقها نیز قول مشهور این است که اگر بین موقوف علیهم اختلافی ایجاد شود که بیم آن می‌رود که منجر به خرابی موقوفه گردد، فروش وقف جایز می‌گردد. امام خمینی در تحریر الوسیله می‌نویسد: «اگر بین موقوف علیهم آن چنان اختلافی افتد که بیم تلف اموال رود و این خطر ریشه کن نشود مگر به فروختن موقوفه، که در این صورت موقوفه را می‌فروشند» شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد: «لا یجوز بیع الوقف الا یخاف خرابه بسبب وقوع خلاف بین ارباب الوقف». (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ۲۹۴) محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «لو وقع بین الموقوف علیهم خلف

بحیث یخشی خرابه جاز بیعه» (حلی، ۱۳۷۷، ۱۵۴) علامه حلی و شیخ انصاری نیز نظر مشابهی را مطرح می‌کنند.

در تأیید نظرات فوق باید گفت که اصولاً هدف واقف از ایجاد وقف، انتفاع موقوف علیهم از منافع آن است که در صورتی که به خراب شدن مال موقوفه به دلیل اختلاف صاحبان وقف علم پیدا شود یا ظن که موجب ترس از خراب شدن آن می‌شود، مثل این است که غرض واقف منتفی شده و امکان تحصیل آن نیست، مگر آن‌که همین موقوفه فروخته شود.

در موردی که موقوفه خراب نشده است لیکن بیم خرابی آن می‌رود به طوری که اگر فعلاً فروش نرود قیمت آن نقصان فاحشی پیدا خواهد کرد مانند ملکی که برای احداث یا توسعه میدان در طرح تخریب قرار گرفته و یا ساختمانی که به علت پیشرفت روزافزون دریا احتمال از بین رفتن آن زیاد است.

ماده ۸۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هرگاه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد همان بعض فروخته می‌شود مگر این که خرابی بعض سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی ماده است بشود، در این صورت تمام فروخته می‌شود» بنابراین اگر قسمتی از موقوفه خراب شود، یا در معرض خرابی قرار گیرد، این امر سرایت به سایر قسمت‌ها نمی‌کند. مانند این که موقوفه خانه یا باغی باشد و خانه خراب شود ولی باغ قابل انتفاع باشد که در این صورت همان قسمت خانه فروخته می‌شود. اگر خرابی در قسمتی از موقوفه به نحوی باشد که امکان انتفاع از بقیه نباشد، در آن صورت تمام موقوفه به فروش می‌رود مانند حمامی که قسمت آتش‌خانه و تأسیسات آبرسانی آن خراب شده است که در این صورت حمام قابل استفاده نخواهد بود. برخی از حقوقدانان (امینیان مدرس، ۱۳۸۱، ۱۷۳) رعایت شرایط ماده ۸۸ نیز در فروش بعض لازم می‌دانند.

ماده ۳۴۹ قانون مدنی تأکید می‌کند: «بیع مال وقف صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود، به نحوی که بیم سفک دماء رود، یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد، و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است». به طوری که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار، صرف بیم از خونریزی و قتل بین موقوف علیهم را از موارد جواز فروش موقوفه دانسته است هر چند خونریزی صورت نگرفته باشد (امینیان مدرس، ۱۳۸۱: ۱۷۴).

۱۷۸....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

در فقه اسلامی موارد مربوط به خرابی مال موقوفه به طور کلی ذیل یک عنوان بحث گردیده است. بر اساس نظر فقها که مشابه دیدگاه قانون مدنی است اگر بعضی از مال موقوفه خراب شود فقط آن بعضی فروخته می‌شود مگر این که خرابی بعضی به کل مال سرایت کند. امام خمینی در تحریر الوسیله می‌نویسد: «اگر بعضی از وقف به طوری خراب شود که انتفاع از آن ممکن نباشد فروختنش جایز است و اگر قسمت دیگر نیاز به تعمیر داشته باشد با منافع خودش و اگر ممکن نباشد بعید نیست بگوییم بهای فروخته شده را صرف تعمیر قسمت دیگر کنیم» (خمینی، ۱۳۶۸، ۳۲۳) شیخ انصاری نیز در مورد وقف مؤبد تملیکی فروش آن را در صورت تخریب کل یا بعضی به گونه‌ای که کل وقف غیر قابل انتفاع باشد جایز می‌داند. (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ۱۷۶) در این مورد نیز مانند تخریب کل موقوفه در مورد وقف عام و خاص اختلاف نظرهایی در بین فقها دیده می‌شود که براساس استدلالهایی که ذکر گردید نظر بهتر بر عدم وجود تفاوت در بین این دو نوع وقف است.

از نظر تحلیلی نیز خرابی بعضی مجوز فروش موقوفه نیست و فروش بعضی به نظر واقف نزدیکتر است تا فروش تمام آن. اما در فرضی که خرابی بعضی سبب سلب انتفاع از بقیه گردد در این صورت تمام موقوفه فروخته می‌شود و این امر با مصلحت وقف و نظر واقف سازگارتر است. (حضرتی، ۱۳۷۶، ۱۴۸)

د: عدم قابلیت انتفاع عرفی، اگر مال موقوفه در اثر خرابی یا حادثه‌ای دیگر دارای عایداتی باشد که عرفاً بسیار ناچیز و یا غیر مفید باشد. به نظر برخی به استناد به ماده ۸۸ قانون مدنی می‌توان آن را فروخت. دکتر لنگرودی در حاشیه چهارم ذیل ماده ۸۸ می‌نویسد: «در مورد کاهش قابل ملاحظه منافع موقوفه فروش آن با رعایت تبصره ماده هشتم قانون سازمان حج و اوقاف روا است» (لنگرودی، ۱۳۷۹، ۵۵) براساس تبصره ماده هشت قانون سازمان حج و اوقاف: "درآمد موقوفات متعذرالمصرف و موقوفاتی که عواید آنها به سبب قلت گرچه با پس‌انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد با تشخیص و تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می‌رسد..." البته قانون سازمان اوقاف معیاری برای قلت عواید به دست نمی‌دهد اما به نظر اکثر حقوقدانان این امر یک معیار عرفی است. یعنی عین موقوفه طوری خراب شود که انتفاع از آن در دید عرف در مقایسه با امثال عین موقوفه در حکم عدم باشد. البته به شرطی که امیدی به بازگشت به حال نخست نباشد. (سلیمی فر، ۱۳۷۰، ۴۳)

اگرچه عدم قابلیت انتفاع عرفی به صراحت در قانون مدنی ذکر نشده است اما برخی از فقها به این امر اشاره نموده و این امر را مجوز فروش می دانند. شیخ انصاری در مورد وقف موبد تملیکی می نویسد: «تخریب موقوفه به گونه ای که بهره قابل توجهی از آن بر نیاید و حتی کاهش منافع موقوفه مجوز بیع آن است» (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ۱۷۶) نائینی در کتاب منیه الطالب معتقد است: «زمانی که امکان انتفاع از موقوفه موجود نباشد اصل بر این است که فروش جایز است و هنگامی که اعیان موقوفه از انتفاع خارج می شوند فروش آن ها به نظر واقف نزدیک تر است». (نائینی، ۱۴۱۸: ۳۴۸)

از نظر تحلیلی می توان استلال مشابه با موردی که موقوفه تخریب می شود را در اینجا اعمال کرد. در واقع هدف واقف بهره مندی موقوف علیهم از وقف است و حال اگر موقوفه دارای عایدات چندان ناچیزی باشد که عرفاً قابلیت استفاده نداشته باشد، دیگر باقی ماند وقف عقلایی به نظر نمی رسد، زیرا اگر منفعت زایل شود حکمت تشریح و فلسفه جعل وقف نیز زایل می گردد. (ابهری و رضیان، ۱۳۸۵، ۱۳).

۱-۴- جمع بندی و نتیجه گیری

در قانون مدنی، فقط در دو مورد بیع مال موقوفه مجاز اعلام شده که در هر یک از این دو مورد باید شرایطی وجود داشته باشد. مورد اول اینکه مال موقوفه خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به شرط آن که این خرابی به نحوی باشد که انتفاع از عین مال، غیر ممکن و کسی هم حاضر به عمران آن مال نباشد یا عمران آن متعذر باشد. در صورت عدم وجود یکی از شرایط مذکور، فروش مال موقوفه جایز نیست. مورد دوم این که بین موقوف علیهم اختلاف شدیدی ایجاد شود که بیم سفک دماء رود، یا این اختلاف باعث خرابی مال موقوفه گردد. در فقه اسلامی، علاوه بر دو مورد فوق، در موارد دیگری نیز بیع موقوفه مجاز اعلام شده است. از جمله این که اگر منافع و مصالح موقوفه علیهم ایجاب کند می توان مال موقوفه را فروخت. به عبارت دیگر، اگر با فروش مال موقوفه یا تبدیل آن، منفعت و سود بیشتری به موقوف علیهم برسد، فروش موقوفه جایز است. همچنین اگر موقوف علیهم نیاز شدید به عوض مال موقوفه داشته باشند بیع این موقوفه، طبق نظر برخی از فقها مجاز اعلام شده است ولی پذیرفتن آن در حقوق کنونی دشوار است. همچنین در مورد شرط واقف که بسیاری از فقها شرط فروش را در وقف

صحیح می‌دانند اما به نظر برخی دیگر این شرط خلاف مقتضای ذات عقد وقف که دائمی بودن است می‌باشد. مقررات قانون مدنی ایران در مبحث وقف بر فقه اسلامی مبتنی است. از این رو، حد‌الامکان باید بین مقررات این قانون و منابع فقهی تطابق وجود داشته باشد. برای پرهیز از این دوگانگی، قانونگذار باید به صراحت تمام موارد جواز بیع موقوفه در فقه اسلامی را در قانون مدنی وارد کند. البته اختلاف نظر در برخی موارد مثل شرط فروش یا مصلحت موقوف علیهم در فقه نیز وجود دارد. در صورت خراب شدن مال موقوفه و عدم امکان انتفاع و بهره‌برداری از آن بیع مال موقوفه امکان‌پذیر است. (ماده ۸۸ ق.م) البته مال موقوفه مانند سایر اموال فرسوده می‌شود، استهلاک پیدا می‌کند و در معرض خرابی قرار دارد اما تنها خراب شدن مال موقوفه مجوز فروش آن نیست یعنی در صورتی که امکان تعمیر موقوفه وجود دارد بایستی آن را تعمیر نمود. اولین وظیفه‌ی اداره‌کننده‌ی وقف (متولی) در چنین مواردی تعمیر مال موقوفه است و تعمیر موقوفه مقدم بر پرداخت سهم موقوف علیهم است زیرا موقوفه را برای امکان انتفاع از آن باید سالم نگه داشت اما در برخی موارد مال موقوفه به گونه‌ای خراب شده که امکان تعمیر آن وجود ندارد. گاهی نیز مال موقوفه به دلیل پیشرفت صنعت مورد استفاده قرار نمی‌گیرد، گاهی موقوفه در مسیر جاده قرار می‌گیرد و امکان حفظ آن وجود ندارد. بنابراین ممکن است خود موقوفه دیگر قابل استفاده نباشد و یا بنا به دلایل دیگر قابلیت استفاده از موقوفه سلب شده باشد. گاهی نیز خرابی به گونه‌ای است که منفعت موردنظر واقف از بین می‌رود اما امکان استفاده از سایر منافع مال موقوفه وجود دارد مثل باغی که میوه‌هایش مورد وقف قرار گرفته و پس از چند سال به دلیل خشکی میوه نمی‌دهد اما امکان سایر بهره‌برداری‌ها از آن زمین وجود دارد. در این موارد نمی‌توان مال موقوفه را رها کرد بلکه باید آن را فروخت. مثلاً در صورتی که موقوفه قفسه‌های چوبی برای کتابخانه باشد و پس از مدتی بپوسد به طوری که قابل تعمیر نباشد و فقط برای سوزاندن مناسب باشد باید قفسه‌ها را فروخت و با پول آن قفسه‌ی دیگری خریداری نمود. بنابراین در مواردی که موقوفه به نحوی خراب می‌گردد که تعمیر آن ممکن نباشد یا کسی برای تعمیر آن حاضر نشود (چه در مقابل تعمیر و پرداخت هزینه‌هایش عوضی مطالبه نماید و چه رایگان به تعمیر موقوفه اقدام نماید) باید مال موقوفه را فروخت اما در مواردی که تعمیر موقوفه امکان‌پذیر است باید موقوفه را تعمیر نمود و فروش آن مجاز نیست. البته ممکن بودن تعمیر در صورتی مانع فروش موقوفه می‌شود که تأمین هزینه‌های تعمیر از درآمدهای موقوفه یا کمک خیرین

موجود باشد. بنابراین تنها با امکان تعمیر نمی‌توان مانع فروش شد بلکه باید کسی برای تعمیر موقوفه حاضر شود.

به طور کلی می‌توان گفت که آنچه در فقه امامیه و حقوق ایران به طور صریح به عنوان قاعده پذیرفته شده عدم جواز بیع مال وقف می‌باشد چه در وقف عام و چه در وقف خاص. مشهور فقها در وقف عام مطلقاً قائل به عدم جواز بیع بوده و هیچ استثنایی را در این خصوص نمی‌پذیرند. منتها در خصوص اموالی که وقف بر مسجد یا بیمارستان و... می‌گردد قائل به این هستند که احکام اختصاصی مسجد و... بر آن‌ها جاری نشده و حکم اوقاف خاص در مورد این اموال جاری می‌گردد.

در وقف خاص نیز فقها هر چند استثنائاتی را بر حکم کلی عدم جواز بیع مال موقوفه پذیرفته‌اند ولی در مورد مصادیق آن به شدت با یکدیگر اختلاف دارند که در متن مقاله پس از ارائه نظرات مختلف نظر مطلوب برگزیده شده است.

در حقوق ایران نیز به پیروی از فقهای امامیه اصل بر عدم جواز بیع مال موقوفه است و استثنائاتی که بر این حکم کلی وارد شده تقریباً همان مواردی است که مشهور فقها قائل به آن گردیده‌اند. نویسندگان حقوقی نیز تنها به توضیح و تفسیر آن چه در قانون مدنی آمده اکتفا کرده‌اند.

پیشنهادات

با توجه به موضوع پژوهش، می‌توان موضوعات زیر را در ادامه این تحقیق، مورد پیشنهاد قرار داد:

۱- تحلیل و بررسی دیدگاه فقهای مذاهب خمس در مورد وقف و تقلیل الفایده شدن آن

۲- تحلیل بیع موقوفه در حقوق مدنی ایران

۳- تحلیل فروش موقوفه در فقه امامیه و حقوق ایران

۴- بررسی مبانی فقهی حقوقی فروش موقوفات انتفاعی و منفعتی

۱۸۲....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

منابع

- ابهری، حمید و رضیان، عبدالله (۱۳۸۵). «لزوم انطباق موارد جواز بیع عین موقوفه در قانون مدنی ایران با فقه اسلامی»، نشریه دانشکده الهیات و معارف اسلامی.
- اداره کل تدوین قوانین (۱۳۸۰)، مجموعه قوانین و مقررات اوقاف، تهران: نشر معاونت پژوهش و تدوین و تنقیح قوانین.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۴). حقوق مدنی، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامیه.
- امینیان مدرس، محمد (۱۳۸۱). وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، تهران: انتشارات سمت.
- انجوی نژاد، مهدی و امامی، محمد (۱۳۸۳). «تحولات قانون گذاری در بیع وقف و مبنای آن»، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۳۴.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۸). المکاسب. ج ۴، قم: کنگره فکر اسلامی.
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، قانون مدنی در آینه آراء دیوانعالی کشور. تهران: نشر دریا.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). حقوق مدنی. تهران: انتشارات مجد.
- بروجردی، سیدحسین (۱۴۲۱ق). لمحات الاصول. چ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر امام خمینی.
- برادران، دلاور (۱۳۷۳). مجله وقف میراث جاویدان، شماره ۶.
- حضرتی، امرالله (۱۳۷۶). اداره وقف، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
- خوانساری، سید جلیل محمد (۱۳۸۸). فرهنگ لغت و اصطلاحات وقف، تالیف همسفر. بی‌جا.
- جبلی، مرتضی (۱۳۷۱). پایان نامه تحصیلی، وقف خاص: دانشگاه تربیت مدرس
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷). ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش
- دریاباری، محمد زمان (۱۳۸۱). «پایان وقف»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۱.

جستاری بر بیع عین موقوفه بانگاهی بر قلیل الفایده شدن آن..... ۱۸۳

- سلیمی فر، مصطفی (۱۳۷۰). وقف و آثار اقتصادی - اجتماعی آن، مشهد: نشر آستان قدس رضوی.
- شهابی، علی اکبر (۱۳۴۳). تاریخچه وقف در اسلام، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صادقی گلدر، احمد (۱۳۶۲). مقدمه‌ای بر فرهنگ وقف، تهران: نشر صائین.
- دستور العمل مربوط به تعاریف و اصطلاحات مندرج در آیین‌نامه اجرایی قانون اوقاف و امور خیریه، مجموعه قوانین اوقافی، (۱۳۶۸). انتشارات اسوه
- ذهنی تهرانی، سید محمد جواد (۱۳۷۰). المباحث الفقیهه فی شرح الروضه البهیة، جلد ۹، بی‌جا.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۲). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، تحقیق و نشر: قم
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶). سوال و جواب، استفتائات و آراء محمد کاظم یزدی
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، جلد ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۸). المبسوط فی فقه الامامیه. جلد ۳، قم: نشر اسلامی
- مفید، محمد بن نعمان (۱۴۱۰). المقنعة. قم: نشر اسلامی
- محقق داماد، دستیاران تحقیق محمد مدنی بجستانی، حسن و حدتی شبیری، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
- بشیری، عباس (۱۳۹۰). حقوق کاربردی وقف و اراضی موقوفه، انتشارات جنگل
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ جلد ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- فخار طوسی، جواد (۱۳۸۴). در محضر شیخ انصاری، قم: نشر نسیم مهر
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۳، عطایا، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- ۱۸۴....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی: قرارداد ایقاع، تهران: انتشارات یمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران: نشر میزان.
- لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹). محشی قانون مدنی، تهران: نشر گنج دان
- ملک زاده، فهیمه (۱۳۸۵). بررسی بیع وقف از دیدگاه فقه و حقوق، تهران: انتشارات دبیزش
- معین، محمد (۱۳۸۶). فرهنگ معین، جلد ۴، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- منبری، سعیده (۱۳۸۰). پایان‌نامه تحصیلی، ترجمه و تحقیق قاعده الوقف علی حسب ما یوفها اهلها، دانشگاه تهران.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۰۷). البیع، جلد ۳، تهران: مؤسسه طبع و نشر.
- خمینی، روح الله (۱۳۶۸). تحریر الوسیله، جلد دوم، قم: دارالکتب العلمیه.
- محقق الحلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۳). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ترجمه فارسی، جلد اول، تهران: انتشارات استقلال
- مؤسسه فقه شیعه (۱۳۸۶). الوقف و الوصایا، لبنان: نشر الدار الاسلامیه
- نائینی، میرزا حسین (۱۴۱۸ ه.ق). منیه الطالب، قم: مؤسسه نشر اسلامی
- نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن (بی تا). جواهرالکلام، جلد ۲۸، انتشارات داراحیاء التراث العربی.